

5. Історія адвокатури України. Ч. 1 / Т. В. Варфоломеевої, О. Д. Святоцький, В. С. Кульчицький та ін.; За ред. В. В. Медведчука; Спілка адвокатів України; Акад. адвокатури України. – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: СДМ – Студіо, 2002. – 286 с.
6. Фіолевський Д. Сильна і незалежна адвокатура потрібна і людині, і владі // Адвокат. – 2007. – № 4. – С. 3-7.
7. Сафулько С. Адвокатура поза пірамідою ієрархії: [Роль адвокатури у соціальному житті країни, повноваження, обговорення закону «Про адвокатуру»] // Дзеркало тижня. – 2005. – 12 березня. (№ 9). – С. 6.

*Процун С. С., ОНЮА*

## ВІЙСЬКОВІ КОМІСІЇ В США: ДО ПИТАННЯ ПРО ЛЕГІТИМНІСТЬ СТВОРЕННЯ І ДІЯЛЬНОСТІ

*В статті приводиться аналіз питання про легітимність утворення та діяльності воєнних комісій в США як судового органу, утвореного з метою передачі суду осіб, що перебувають на американській військово-морській базі в Гуантанамо. Висновки, зроблені автором, ґрунтуються на аналізі американської судової практики. Автор наводить аргументи на користь того, що зазначені судові органи не потрібні, якщо існують відповідні військові трибунали.*

*The article deals with the idea of legal establishment and activity of the US military commissions as a court authority, found in order to judge the persons from the American naval base in Guantanamo. The author's conclusions are based on the analyzes of the American legal practice. The author submits the arguments that the mentioned court authorities are not necessary if the appropriate military tribunals exist.*

У відповідь на терористичну атаку 11 вересня 2001 року, США атакували табори терористів Аль-Каїди і талібів в Афганістані. Відбулася ця подія через майже місяць після атаки терористів, а точніше – 7 жовтня 2001 року. З цього дня почався відлік часу нового збройного конфлікту, що сильно схвилював світову спільноту. Цікаво те, що саме в цей період з'явилося багато висловлювань з приводу необхідності перегляду норм міжнародного права для більш ефективної боротьби з таким явищем як міжнародний тероризм.

Мабуть актуальність даної теми ні в кого не повинна викликати сумніву. Справа в тому, що виник небезпечний міжнародно-правовий прецедент – намагання зі сторони вузької групи членів міжнародної спільноти по новому тлумачити положення Міжнародного Гуманітарного права і Женевських конвенцій – поза тим “духом закону”, який був закладений в них з самого початку.

Проблематику конфлікту в Афганістані після 11 вересня 2001 року, в своїх працях в різних аспектах висвітлювали такі вчені як Б. Р. Тузмухамедов, М. Ю. Черкес, В. Х. Ярмачі та інші. Метою даної статті є обґрунтована відповідь на питання про легітимність створення і діяльності військових комісій в США відносно осіб, затриманих в Гуантанамо Бей.

Після нападу на Сполучені Штати, президент Буш дії у відповідь в Афганістані пояснив війною з тероризмом. Таке ж формулювання на сьогоднішній день зустрічається і у висловлюваннях представників американської адміністрації. Але ж чим, в такому разі, є війна з тероризмом? Все це, звичайно, не більш ніж метафора, як, наприклад, “війна з бідністю”, проголошена президентом Джонсоном, чи “війна з наркотиками”, проголошена Рейганом. Всі ці війни нескінченні. Деякі елементи так званої війни з тероризмом являють собою не що інше, як міжнародний збройний конфлікт. В цій своїй частині вони регулюються Міжнародним Гуманітарним правом. Прихильники терміну “війна з тероризмом” говорять, що цей термін визначає новий вид війни, якої до цих пір не було, крім того, ми маємо справу з новою категорією осіб, що приймають участь у військових діях.

Можна уявити, що діючі в даних умовах норми Міжнародного Гуманітарного права вже не є достатніми і всеохоплюючими. Але, тим не менше, слід визнати, що Міжнародне Гуманітарне право не втратило своєї актуальності, а його норми цілком достатні для врегулювання конфлікту в Афганістані. Передбачливість творців Женевських конвенцій в тому і полягає, що вони актуальні і до нині.

З цього приводу Жан Філіп Лавуайє пише, що «перш ніж змінювати право, потрібно спробувати застосувати право діюче, навіть якщо на момент його створення, ті чи інші ситуації не були передбачені». [1].

Подібними аргументами керувалася і Рада Безпеки ООН, коли в своїх резолюціях 1456 (2003) та 1624 (2005) стверджувала, що держави повинні добиватися того, щоб кожен засіб, який застосову-

ється в боротьбі з тероризмом, відповідав їх міжнародно-правовим обов'язкам, зокрема, з обов'язками по дотриманню прав людини і в тому числі у відповідності до норм Міжнародного Гуманітарного права. Одночасно, Рада Безпеки ООН підкреслила, що повага прав людини, основних її свобод та повага права в цілому, стають обов'язковими умовами для боротьби з тероризмом.

Комісія з прав людини в Резолюції 2004/87 підтвердила, що держави повинні діяти таким чином, щоб всі наявні засоби для боротьби з тероризмом, застосовувалися ними у відповідності до їх міжнародних обов'язків і Міжнародного Гуманітарного права.

Але повернемося до збройного конфлікту в Афганістані, точніше до його наслідків. 11 січня 2002 року в табір X-Ray, розташований на Острові Свободи в бухті Гуантанамо що на Кубі, прибула перша група підозрюваних в тероризмі осіб – імовірно членів Аль-Каїди, захоплених американськими військовими в Афганістані, що складалася з одинадцяти чоловік. Цього ж дня міністр оборони Сполучених Штатів Дональд Рамсфельд заявив, що затримані особи будуть визнані нелегальними комбатантами, а не військовополоненими. [2]. Ще через тиждень на базу прибула наступна група, що складалася вже із 600 чоловік, серед них були як особи, затримані на полі бою в Афганістані, так і громадяни Алжиру, котрих затримали в Боснії за підозрою в їх вірогідних зв'язках з Аль-Каїдою. База в Гуантанамо поступово почала наповнюватися, а затримані там особи так і не отримували правового статусу, який би був передбачений Женевськими конвенціями. Замість цього Д. Рамсфельд скористався терміном 60-річної давнини – «нелегальні комбатанти». Не дивлячись на те, що цей термін останнім часом досить часто використовувався політиками і публіцистами, Женевські конвенції з ним не знайомі. Справа в тому, що цей термін було створено Верховним Судом США в 1942 році для визначення статусу восьми німецьких солдатів, що здійснили висадку на американській території в цивільному одязі, для здійснення актів саботажу. [3]. Судовий процес над ними розпочався 8 липня 1942 року і проходив за зачиненими дверима. Через три тижні по тому Верховний Суд США скликав літню сесію, де було розглянуто позовну заяву від імені саботажників і, 31 липня, Верховний Суд одногослосно прийняв рішення, що американський Конгрес дійсно мав право уповноважити на розгляд цієї справи військову комісію. Суд, зокрема, вказав, що нелегальні комбатанти можуть бути позбавлені прав, як особи, що служать у ворожій армії.

Професор Дінстайн в роботі, присвяченій легальним і нелегальним комбатантам, визначив відмінності між ними наступним чином: «легальний комбатант, на відміну від нелегального, у випадку потрапляння в полон до ворога, користується охороною Конвенції, виходячи із статусу військовополоненого, а нелегальний такого права не має. Однак, він не може бути засуджений і покараний більш суворо, в порівнянні з легальними комбатантами, за будь-які акти насильства, вчинені під час військових дій, в яких він приймав участь» [4].

Президент США Джордж Буш молодший, видаючи військове розпорядження «З приводу утримання і поводження з деякими іноземцями у війні з тероризмом» від 13 листопада 2001 року, як виявилось, пішов уже знайомим для американської судової системи шляхом – військові комісії. «Буш постановив, що кожен іноземець, відносно якого президент письмово вказав, що той був причетний до змови з метою здійснення терористичних актів проти США, буде затриманий і засуджений за порушення правил, що застосовуються відносно військових дій, спеціальними комісіями. Однак США не мали права віддавати під суд затриманих в Гуантанамо осіб, що не мали чітко визначеного статусу у відповідності до Женевських конвенцій. Маються на увазі створені президентом Бушем військові комісії. Вищезгадані комісії діяли за рамками міжнародного права» [5].

Військова комісія – це квазі-судовий орган, створений указом президента Буша 13 листопада 2001 року, для кримінального переслідування осіб, обвинувачених у причетності до терористичних актів проти США, і в якій підсудний не може користуватися рядом основних прав, обов'язкових в цивільних судах загальної юрисдикції чи військових судах. Особа, чия справа розглядається військовою комісією, не володіє правом ознайомлюватись із показаннями свідків проти нього, вислуховувати та оскаржувати їх, отримувати доступ до матеріалів справи, що складають державну таємницю. [6].

Дещо забігаючи наперед, необхідно відзначити, що восени 2006 року Конгресом США був прийнятий Закон про військові комісії, повноваження яких, у відповідності з ним, були дещо обмежені порівняно з повноваженнями, наданими військовим комісіям указом президента від 13 листопада 2001 року. Тим не менше, одна з ведучих правозахисних організацій – Human Rights Watch повідомляє, що нові комісії мають лише дві суттєві відмінності

від попередніх: по-перше, обвинувачений не може бути засуджений на підставі доказів, з якими він не може ознайомитися чи які він не може оскаржити; по-друге, обвинувачений може оскаржити будь-який вирок в цивільному апеляційному суді (по Закону про поводження із затриманими (Detainee Treatment Act) 2005 року, можливо було оскаржити лише смертний вирок чи позбавлення волі на строк більш ніж 10 років). При цьому збереглися деякі спірні правила процедури попередніх комісій. Наприклад, допустимість здогадів і отриманих під тиском доказів, теоретично дозволяє засудити обвинуваченого на підставі переказів заяв, отриманих за допомогою заборонених прийомів допиту, в той час як сам підсудний не буде мати можливості вступити з першоджерелом інформації в очну полеміку. Крім того, в законі збереглися норми, що покладали обов'язок доведення власної невинності на підсудного, а за міністром оборони збереглося право вводити додаткові правила, які можуть суттєво відрізнятись від процедур військового трибуналу, якщо міністр оборони вважатиме такі процедури "непрактичними" [7].

Яскравим прикладом роботи військової комісії, створеної указом президента від 13 листопада 2001 року, можна назвати справу Саліма Ахмеда Хамдана проти Д. Рамсфельда, рішення по якій виніс більшістю голосів Верховний Суд США 29 червня 2006 року.

Справа в тому, що Хамдан не заперечував проти того, щоб постати перед військовим трибуналом, але оскаржив в суді наявність у військової комісії юрисдикції відносно злочинів в яких він був обвинувачений, а також утиску його прав як обвинуваченого. Федеральний районний суд задовольнив скаргу Хамдана на порушення його прав як обвинуваченого і призупинив розгляд справи комісією [8], мотивуючи це тим, що військові комісії не можуть розглядати злочини до яких застосовні закони і звичаї збройних конфліктів, в тому числі ст. 3, спільна для всіх чотирьох Женевських конвенцій про захист жертв війни. Але, справа в тому, що ця стаття може бути застосована до збройних конфліктів неміжнародного характеру і забороняє "засудження і застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного належним чином створеним судом, за наявності судових гарантій, визнаних необхідними цивілізованими народами". Тобто, по суті кажучи, суд визнав конфлікт в Афганістані (уже після вторгнення туди військ США) – неміжнародним. Таке тлумачення поняття

“збройного конфлікту неміжнародного характеру”, по всій видимості, пов’язано з тим, що Сполучені Штати не є стороною Додаткового протоколу II. Спільна ст. 3 допускає тлумачення, у відповідності з яким збройний конфлікт, виникнувши на території однієї країни, потім може вийти за її межі, в той час як Додатковий протокол II зауважує, що конфлікт буде проходити в деяких територіальних рамках на весь період своєї тривалості [9].

Суд також встановив, що на Хамдана поширюється дія норм ст. 3, таким чином визнавши за ним статус військовополоненого, доки в судовому порядку не буде доведено, що він таким не є (ч. 2 ст. 5 III Женевської конвенції), більш того, акцент суду був поставлений ще й на тому, що Хамдан не тільки має повне право розраховувати на захист ст. 3, але і не виключив можливості застосування до нього всіх положень III Женевської конвенції.

Що найбільш цікаво, Федеральний районний суд встановив, що сама військова комісія була створена з порушенням Єдиного кодексу військового правосуддя США і ст. 3, з огляду на те, що президент Буш, уповноважив її виносити вирок на основі доказів, до яких підсудний не має доступу.

Це рішення Федерального районного суду, як і слід було очікувати, було оскаржене урядом США в апеляційній інстанції та скасоване Федеральним окружним судом округу Колумбія.

Хамдан, в свою чергу, подав апеляцію до Верховного Суду США, який не тільки підтвердив рішення суду першої інстанції, але й, що в черговий раз засвідчило правову збитковість військової комісії як судового органу, встановив відсутність законодавчого акту її створюючого та визначаючого повноваження військової комісії. Таким чином, Верховний Суд США чітко дав зрозуміти, що президент Буш, м’яко кажучи вийшов за рамки своїх конституційних повноважень, порушуючи принцип розподілу влади.

Верховний Суд США своїм рішенням, також спростував позицію уряду, згідно з якою особи, що знаходяться на базі Гуантанамо Бей, під контролем і юрисдикцією, але поза національною територією Сполучених Штатів, при цьому не будучи громадянами США, не підлягають захисту Конституції і законів США.

Верховний Суд не прийняв обґрунтування представника уряду США відносно того, що в Афганістані США приймали участь в двох збройних конфліктах: один – проти Талібану, а другий – проти Аль-Каїди. Перший міг би бути кваліфікований як неміжнародний, а другий – ні. Саме тому, на думку уряду США, Хамдан

не міг розраховувати на захист, гарантований Женевськими конвенціями, оскільки був членом організації Аль-Каїда, яка в свою чергу не є стороною в конвенціях.

Цікаво, що Верховний Суд США допустив, що військова комісія могла б бути тим «...належним чином створеним судом...», якби виконавча влада, що її створила, необхідним чином обґрунтувала пряму необхідність створення такого органу та пояснила необхідність вилучення з-під юрисдикції військового суду, який безумовно відповідає вищезгаданим вимогам, так як був створений Конгресом США.

Як вказує Б. Р. Тузмухамедов, «в рішенні Верховного Суду США видно критику законодавчої гілки, по-перше, за те, що вона часом з надмірною готовністю уступає свої повноваження владі виконавчій, а, по-друге, за те, що вона не квапиться заповнювати законодавчі пробіли, створюючи передумови для конфлікту між гілками».

Однак, що робить честь американському Конгресу, потрібно сказати, що він відреагував достатньо швидко і вже восени 2006 року був прийнятий Закон про військові комісії. Виконавча влада відреагувала ще швидше і скасувала положення указу президента від 7 лютого 2002 року про незастосовність Женевських конвенцій до бойовиків Аль-Каїди. Трапилося це 11 липня 2006 року.

Але, швидше за всіх відреагувало військове керівництво – заступник міністра оборони США Г. Інґленд 7 липня оприлюднив меморандум, в якому всім установам міністерства наказувалось «якомога швидше переглянути всі застосовні директиви, настанови, вказівки, методики та процедури, підвідомчі відповідним департаментам, щоб забезпечити їх відповідність стандартам спільної ст. 3» [10], що було зроблено для забезпечення виконання рішення Верховного Суду США.

Але, не дивлячись на вищевикладені факти, в світі простежується небезпечна тенденція до готовності держав жертвувати тим позитивним досвідом, накопиченим за довгі роки існування міжнародного права, заради викорінення явища міжнародного тероризму. Відповідь на виникаюче в цьому випадку цілком логічне запитання: чи оправдовують цілі засоби їх досягнення?, напрошується сама – ні. Що ж стосується військових комісій в США, то спосіб яким вони були створені не можна назвати легітимним, тобто відповідаючим правовим вимогам, яким повинен відповідати створений судовий орган, відповідно вони не можуть вважатися такими. Це квазі-судовий орган, в створенні якого не було обґрун-



тованої необхідності, враховуючи наявність «...належним чином створеного...» тобто Конгресом США, військового суду, що і підтвердив своїм рішенням від 29 червня 2006 року Верховний Суд США. Президент Буш, створивши військові комісії, як пізніше встановив Верховний Суд, перевищив свої повноваження, порушивши тим самим ряд норм як національного так і міжнародного права, а повноваження військових комісій обмежують процесуальні права підсудних і права людини.

Слід визнати, що дотримання норм міжнародного права прав людини та норм гуманітарного права не є проявом слабкості в боротьбі з тероризмом, а повинно стати зброєю, що забезпечить широку міжнародну підтримку для дій у цій сфері.

### *Література:*

1. Lavoer J-P., International Humanitarian Law and Terrorism, [w:] Lijnzaad L., van Sanbeek J., Tahzib-Lie B. (red.), Making the Voice of Humanity Heard. Essays on humanitarian assistance and international humanitarian law in honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands, Leiden-Boston 2004.
2. Department of Defense (DoD) News Transcript, Secretary Donald Ramsfeld and Gen. Myers, 11 January. 2002. Доступно на: [http://www.defenselink.mil/transcripts/2002/t01112002\\_t0111sd.html](http://www.defenselink.mil/transcripts/2002/t01112002_t0111sd.html)
3. Ex parte Quirin. Текст див.: U. S. Reports. 1942. Vol. 317. P. 1 et seq.
4. Dinstein Y., Unlawful Combatancy, «Israel Yearbook on Human Rihts» 2002, nr 32.
5. Clover J. S., «Remember, We're the Good Guys»: The Classification and Trial of the Guantanamo Bey Defines, «South Texas Law Review» 2003/2004, nr. 45, s. 355.
6. Тузмухамедов Б. Р. Хамдан против Рамсфелда: уроки и параллели/ Российский ежегодник международного права 2006. Специальный выпуск. – Санкт-Петербург, 2008. – 222 с.
7. “USA: Military commissions for ‘war on terror’ detainees”<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510502006>.
8. Текст постанови суду див.: Federal Supplement. Second Series. Vol. 344. 2004. P. 152 et seg.
9. Тузмухамедов Б. Р. Хамдан против Рамсфелда: уроки и параллели/ Российский ежегодник международного права 2006. – Санкт-Петербург, 2008. – Специальный выпуск. – 222 с.
10. Memorandum for Secretaries of Military Departaments et al. Subject: Application of Common Article 3 of the Geneva Convention to the Treatment of Detainees in the Departament of Defense. Office of the Secretary of Defense, Juli 7, 2006.